

Decisões em ambiente de incerteza: probabilidade e convicção na formação das decisões judiciais.

Margarida Lima Rego¹

1. Verdade e probabilidade. Nos bancos das faculdades de direito, a grande maioria dos exercícios cuja resolução se pede aos estudantes começa com o enunciar de um caso prático. O mesmo não sucede numa ação judicial. O caso prático – chamemos-lhe assim – está longe de corresponder ao ponto de partida no labor de um juiz de direito. Em primeira instância, o caso é, quando surge, algo muito próximo de um ponto de chegada. Confrontado com duas ou mais versões do que se terá passado em dada ocasião, ao juiz cumpre selecionar, de entre as alegações de facto que tem por relevantes para a decisão de mérito, a matéria assente, que nesse momento já não carece de prova, e a matéria controvertida, que será objeto da instrução.² Cabe-lhe proferir «despacho destinado a identificar o objeto do litígio e a enunciar os temas da prova».³ Depois de produzida toda a prova que houver de ser produzida, cumpre-lhe decidir quais os factos provados e os não provados – o mesmo é dizer, cumpre-lhe completar o seu caso prático.⁴ Dele farão parte as afirmações de facto que o juiz considere relevantes para a causa e que, por uma via ou por outra, deva ter por verdadeiras.⁵ Não lhe é permitido abster-se de julgar, ainda que no seu espírito subsistam dúvidas quanto ao que realmente se passou.⁶

¹ Professora da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa e advogada. Na sua origem, uma primeira versão deste texto teve como destinatários os alunos da disciplina de Teoria do Direito, do 1.º Ciclo de Bolonha – Licenciatura em Direito, no ano letivo de 2012/2013. A eles o dedico. Ao publicá-lo, presto também homenagem a quem, no seu dia-a-dia, se vê a braços com a difícil tarefa de julgar. Agradeço o contributo de quem comentou a primeira versão deste texto: Amélia Ramalho, Ana Rita Duarte Campos, André Figueiredo, António Sampaio Caramelo, Francisco Mendes Correia, Isabel Figueiredo, Maria de Lurdes Pereira, Maria dos Prazeres Beleza, Nuno Trigo dos Reis, Pedro Caetano Nunes, Pedro Múrias, Rui Pinto Duarte. Agradeço ainda as inúmeras referências jurisprudenciais e bibliográficas gentilmente oferecidas por Miguel Teixeira de Sousa aos membros do IPPC.

² Art. 410.º do Código de Processo Civil aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de junho («CPC»).

³ Art. 596.º/1 CPC.

⁴ O que agora já só fará na sentença: cfr. o art. 607.º/4 CPC.

⁵ Não deverá olvidar-se a indissociabilidade entre o «facto» juridicamente relevante e o «direito». Cfr. A. CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto – questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade: ensaio de uma reposição crítica*, Almedina 1967, e ainda «A distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito e a competência do Supremo Tribunal de Justiça como tribunal de “revista”» em *Digesta. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, I, Coimbra 1995, pp. 483-530. «Ao considerar-se a questão-de-facto está implicitamente presente e relevante a questão-de-direito; ao considerar-se a questão-de-direito não pode prescindir-se da solidária influência da questão-de-direito.» (p. 522). E citando J. RAY, *Essai sur la structure logique du Code civil français*, Alcan 1926, p. 115: «[O] “puro facto” e o “puro direito” não se encontram

Em princípio, o juiz decide sobre a matéria de facto segundo a sua «prudente convicção».⁷ Cabe-lhe apreciar livremente a prova, emitindo com base nela juízos históricos. Normalmente a prova é requerida pelas partes, cada uma procurando convencer o juiz da veracidade das afirmações de facto que lhe são favoráveis e da falsidade das desfavoráveis. O juiz também pode ordenar diligências probatórias: «[i]ncumbe ao juiz realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer».⁸

O julgador da matéria de facto procura chegar à verdade: tem como mester descobrir o que se passou. Mas a sua busca de conhecimento é apenas uma etapa: o conhecimento não é um fim em si, antes corresponde a um meio de que o juiz faz uso para atingir um fim, a justa composição do litígio.

Como todos os juízos históricos, o juízo de convicção do julgador da matéria de facto não é mais do que um juízo de probabilidade sobre a verdade ou falsidade de certas proposições. Quando o juiz dá como provado um determinado facto, isso significa, no nosso ordenamento jurídico, que, com os meios limitados à sua disposição e a imperfeição inerente à natureza humana, atingiu a «certeza subjetiva» da veracidade da correspondente afirmação de facto.⁹ Já dizia Voltaire que «as verdades históricas não são mais do que probabilidades».¹⁰

nunca na vida jurídica: o facto não tem existência senão a partir do momento em que se torna matéria de aplicação do direito, o direito não tem interesse senão no momento em que se trata de aplicar ao facto; pelo que, quando o jurista pensa o facto, pensa-o como *matéria* do direito, quando pensa o direito, pensa-o como *forma* destinada ao facto». O direito não se distingue dos factos: o direito é síntese, é a solução fundamentada de problemas da vida. Não obstante, são várias as razões que nos impõem esta distinção. A própria tramitação, em diversos pontos, pressupõe a sua separabilidade, embora porventura agora de forma mais atenuada do que no anterior CPC. Em todo o caso, se na enunciação dos temas da prova o juiz já poderá fazer uso de conceitos jurídicos, para simplificar (o Réu incumpriu o contrato? que danos sofreu o Autor?), não se alterou a regra de que a atividade probatória tem por objeto apenas os factos e não o direito, salvo nos casos regulados no art. 348.º do Código Civil («CC»).

maior importância terá a circunstância de, em sede de recurso, serem mais estritos os limites ao conhecimento de questões de facto pelos tribunais superiores;

⁶ Art. 8.º/1 CC.

⁷ Art. 607.º/5 CPC. Em especial sobre o juízo de convicção, cfr. R. P. DUARTE, «Algumas notas acerca do papel da “convicção-crença” nas decisões judiciais» (2003) 4 *Themis* 5-17.

⁸ Art. 411.º CPC. Mas os desvios a este princípio ainda são significativos. Nesta sede não se desenvolverá o tema da distinção entre a prova livre e a prova legal.

⁹ Cfr. o art. 341.º CC. O tema da «verdade» no processo civil – chamemos-lhe assim – está muito em voga, sobretudo, mas não só, entre os processualistas italianos e alemães. Não me cumpre nesta sede desenvolvê-lo. Vejam-se, sobre o tema, o clássico de P. CALAMANDREI, «Verità e verosimiglianza nel processo civile» (1955)

Nos dois pontos seguintes apresento algumas matérias relevantes para a reflexão posterior. Nos dois últimos pontos regresso ao domínio do processo, para refletir um pouco, sucessivamente, e apelando às noções antes visitadas, sobre o papel que desempenha – ou poderia desempenhar – o raciocínio probabilístico, no sentido que se precisará, quer, em geral, na formação da convicção do julgador da matéria de facto, quer, mais especificamente, na fixação do montante de uma indemnização.

2. O juízo de probabilidade. O que é a probabilidade?¹¹ Num dos sentidos restritos possíveis que interessa agora considerar, a probabilidade é um valor correspondente a um *juízo de frequência relativa*.¹² Esse juízo poderá ser meramente lógico-matemático (probabilidade *a priori*) ou corresponder ao resultado da análise estatística de uma pluralidade de casos homogêneos e independentes observados (probabilidade *a posteriori*).¹³ No juízo probabilístico *a priori*, chega-se ao juízo por simples cálculo aritmético, sem necessidade de trabalho de campo. São os típicos exemplos de manual com dados ou moedas. O juízo probabilístico *a posteriori* não tem, por natureza, o mesmo grau de infalibilidade do primeiro, dado que, apesar do rigor da sua técnica, corresponde a uma generalização aproximativa em referência a determinado universo.

Nem toda a análise estatística se funda em juízos de probabilidade. Estando em causa um dado universo, se se recolherem dados relevantes de todos os elementos desse universo o que temos é um censo. A sua análise dispensa a probabilidade. Esta surge quando, em lugar de uma recolha de dados relativos a todo o universo, se procura simplificar o processo, recorrendo a uma amostragem, de cuja análise se parte para calcular os resultados relativos ao todo, ou ainda quando se analisa os dados relativos ao passado para prever o

10 *Rivista di Diritto Processuale* 164-192, e o recente artigo de M. TARUFFO, «La verità nel processo» (2012) *LXVI Rivista Trimestrale di Diritto e Procedure Civile* 1117-1135.

11 «Vérité» no Tomo VII do *Dictionnaire Philosophique* (orig. 1764), em *Oeuvres complètes de Voltaire*, Paris 1829, pp. 396-400, a p. 398. No mesmo sentido, J. CASTRO MENDES, *Do conceito de prova em processo civil*, Lisboa 1961, p. 321.

12 Tratei estes temas, com outro desenvolvimento, nos Caps. 2 e 5 de *Contrato de seguro e terceiros. Estudo de direito civil*, Coimbra 2010.

13 «Probabilidade» é um termo polissémico. Cfr., por todos, A. HÁJEK, «Interpretations of Probability», *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2012 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/win2012/entries/probability-interpret/>>.

14 A terminologia é a utilizada por F. H. KNIGHT, *Risk, uncertainty and profit* (orig. Boston 1921), Chicago 1971, pp. 214-217.

comportamento futuro desse mesmo universo – ou seja, quando se transporta o passado para o futuro em antecipação de uma regularidade.

Em ambos os casos, a análise estatística funda-se na chamada lei dos grandes números – princípio geral da matemática segundo o qual a frequência relativa dos resultados tende a estabilizar com o aumento do número de casos observados, aproximando-se cada vez mais dos valores previstos. Permanecendo iguais todos os demais fatores, a variabilidade do resultado previsto diminui, embora lentamente, à medida que aumenta o número de casos observados.¹⁴

Pensando no exemplo dos acidentes de viação, se cada um de nós, individualmente, dificilmente consegue prever se e quando se envolverá num, a experiência demonstra que é relativamente constante o número dos acidentes de viação sofridos ao longo dos anos por certa população. Permanecendo iguais todos os demais fatores, a tendência será para a estabilidade. Essa tendência será tanto maior quanto maior for o número de casos homogêneos e independentes observados.¹⁵

Em teoria da probabilidade, a *esperança matemática* corresponde à soma da probabilidade (p) de cada resultado multiplicada (a probabilidade, não a soma) pelo valor (v) desse resultado ($\sum p_i v_i$). Quando, por exemplo, lançamos uma moeda ao ar, temos dois resultados possíveis: cara ou coroa. Há 50% de hipóteses de nos sair cara e outros 50% de nos sair coroa (juízo probabilístico *a priori*). Imaginemos que apostamos 5 euros (em cara ou em coroa, para o

¹⁴ A variabilidade diminui numa proporção inversa à raiz quadrada do fator do aumento do número total de casos observados. Cfr., por exemplo, C. AITKEN/ P. ROBERTS/ G. JACKSON, *Fundamentals of probability and statistical evidence in criminal proceedings*, Royal Statistical Society 2010, disp. em <http://www.maths.ed.ac.uk/~cgga/rss.pdf>, a p. 102.

¹⁵ Importa ter em conta que neste domínio, como em muitos outros, dificilmente os demais fatores permanecerão iguais ao longo do tempo. Em Portugal, sabemos que o número de acidentes de viação foi subindo paulatinamente, atingindo o seu valor máximo em 1992: cerca de 50.000. Depois de alguns anos de leves flutuações, o número de acidentes por ano começou a descer, mais acentuadamente desde 1999, situando-se em 2012 pouco abaixo dos 30.000. Fonte: Pordata (www.pordata.pt). Atendendo a esta tendência para a estabilidade, permanecendo iguais os demais fatores, esta evolução só pode explicar-se pela alteração de um ou mais desses outros fatores, i.e., por hipótese, numa primeira fase sobretudo o aumento dos veículos em circulação e a sua crescente potência, e, mais recentemente, porventura melhores estradas e/ou uma maior sensibilização dos condutores para a observância de certas regras de circulação. Nesta sede, mais do que a descoberta da razão de ser destes valores, importa reter que a sua análise e interpretação pressupõe o funcionamento da lei dos grandes números. Naturalmente que a lei não deixa de funcionar quando os demais fatores se alteram. Apenas se torna necessário, para uma correta previsão de futuros resultados, refletir tais alterações na equação.

efeito tanto faz). Temos 50% de hipóteses de o nosso resultado ser de -5 euros e outros 50% de ser +5 euros. A esperança matemática é, neste caso, de 0.

A probabilidade, num sentido mais amplo, não se restringe a um juízo de frequência relativa fundado na lógica, na matemática ou numa análise estatística. Há que distinguir, neste ponto, entre a probabilidade dita objetiva e a probabilidade dita subjetiva ou, na nomenclatura em que esta distinção ficou mais conhecida, entre os conceitos de risco e de incerteza – designações que resultam de uma formulação negativa do problema: a determinação da probabilidade de verificação de um *mal*, i.e. uma ocorrência negativamente valorada pelo sujeito do juízo probabilístico.¹⁶ Na sua formulação inicial, o risco em sentido estrito deveria poder ser medido, e existe apenas quando se conhece com rigor a distribuição de resultados possíveis – em termos simples, quando existem dados, empíricos ou de outra natureza, que nos permitam fazer as contas. A incerteza, pelo contrário, não poderia ser alvo de medições.¹⁷

O juízo probabilístico subjetivo já não corresponde a um juízo de frequência relativa. Decorre da atribuição, pelo seu autor, de graus de probabilidade aos diversos resultados possíveis *em função da sua convicção*. Não é sequer necessário que a convicção seja expressa em termos numéricos ou percentuais para se estar em presença, também nestes casos, de um verdadeiro juízo probabilístico. Tanto podemos dizer que estamos «mesmo quase certos» de que algo irá acontecer quanto que, em nosso entender, a probabilidade de que algo suceda «é de 99%». Não há diferença significativa de rigor entre ambas as formas de expressão, percentual ou não percentual, do nosso grau de convicção.

¹⁶ A terminologia continua a ser de F. H. KNIGHT. No entanto, a distinção entre a probabilidade como um juízo de frequência relativa e a probabilidade como grau de convicção é atribuída a S.-D. POISSON, *Recherches sur la probabilité des jugements en matière criminelle et en matière civile*, Paris 1837, pp. 30-51. Curiosamente, o autor utilizava a palavra *probabilité* apenas para se referir à segunda, reservando a palavra *chance* para a primeira. Foi também este autor quem cunhou a expressão «lei dos grandes números» (*loi des grands nombres*) (pp. 7-19). Cfr. I. HACKING, *The taming of chance*, Cambridge 1990, pp. 95-104.

¹⁷ Cfr. os desenvolvimentos de K. HAX, «Wesen, Bedeutung und Gliederung der Versicherung» em *Versicherungszyclopädie*, W. Grose, H. L. Muller-Lutz, Reimer Schmidt (eds.), I, Wiesbaden 1976, Studienplan B I 1, pp. 1-57, *maxime* pp. 9-11; e em B. WYNNE, «Uncertainty and environmental learning: reconceiving science and policy in the preventative paradigm» (1992) 2 (2) *Global Environmental Change* 111-127, *maxime* p. 114.

A distinção entre a probabilidade dita objetiva e a probabilidade dita subjetiva beneficiou inicialmente de uma aceitação generalizada, mas com o tempo foi sendo alvo de duras críticas da comunidade científica.¹⁸

Antes de mais, não podemos esquecer que, para algumas correntes de pensamento, em última análise toda a incerteza seria necessariamente subjetiva, dado que, se dispomos de toda a informação necessária para um dado efeito, também o futuro se nos afiguraria como certo. Assim, por exemplo, fomos capazes, a partir de certa altura, de prever os eclipses solares e lunares, quando antes estes nos surpreendiam. As origens filosóficas das interpretações subjetivas da probabilidade remontam a DAVID HUME.¹⁹ O filósofo escocês defendeu a inexistência do acaso, ao pronunciar-se sobre a ideia de probabilidade, sustentando que na origem dos juízos de probabilidade estaria a nossa ignorância acerca das causas dos acontecimentos.²⁰ Esta é uma visão determinista da existência. Encontramos afirmações diametralmente opostas a estas, por exemplo, na obra de HEGEL.²¹ Haverá também lugar para toda a espécie de posicionamentos intermédios a este respeito. E, pelo menos desde 1927, com a descoberta do «princípio da incerteza» por HEISENBERG, surge a consciência de que no mundo quântico se abre um lugar para o acaso, na medida em que as leis da natureza aí vigentes não são «determinadas». Pelo contrário, só fórmulas probabilísticas são capazes de exprimi-las – o único conhecimento possível é de natureza estocástica.²²

¹⁸ Cfr. G. A. HOLTON, «Defining risk» (2004) 60-6 *Financial Analysts Journal* 19-25, *maxime* p. 20.

¹⁹ D. HUME, *Enquiries concerning the human understanding and concerning the principles of morals*, orig. 1748, 2.^a ed., Oxford 1902, pp. 46-59. Sobre o tema, cfr. G. A. HOLTON, cit. *supra* n. 18, pp. 19-25.

²⁰ Vamos encontrar semelhante afirmação, nomeadamente, em P. S. LAPLACE, *Théorie analytique des probabilités*, I, orig. Paris 1812, Paris 1995, pp. vi-viii.

²¹ G. W. F. HEGEL, *Wissenschaft der Logik*, II, orig. 1816, Hamburgo 1999, pp. 179-180 e 189: «O casual não tem portanto fundamento, porque é casual; e ao mesmo tempo tem um fundamento, porque é casual. (...) O casual é portanto necessário (...). [E]sta casualidade é mesmo a necessidade absoluta, é a essência das realidades livres e necessárias em si mesmas.» Citações retiradas do II Livro, III Secção, II Capítulo (*Die Wirklichkeit*). Pense-se ainda em observações como as de F. NIETZSCHE, *Assim falava Zaratustra*, orig. Chemnitz 1883-1885, trad. A. Margarido, Lisboa 1991, p. 184: «Sobre todas as coisas estende-se o céu da Contingência». Ou de J.-P. SARTRE, *La nausée*, orig. Paris 1938, Collection Folio n.º 805, Paris 2007, p. 187: «O essencial é a contingência. Quero dizer que, por definição, a existência não é a necessidade. Existir é *estar aí*, simplesmente; os existentes aparecem, deixam-se *encontrar*, mas não podemos *deduzi-los*.».

²² Refletindo especificamente sobre o exemplo da física quântica, veja-se a posição marcadamente humeana de J. GUITTON/ G. BOGDANOV/ I. BOGDANOV (eds.) *Gott und die Wissenschaft. Auf dem Weg zum Metarealismus*, orig. Paris 1991, trad. do orig. francês de E. Moldenhauer, 2.^a ed., Munique 1993, p. 67, quando afirmam que «aquilo a que chamamos acaso é somente a nossa incapacidade de compreensão de um grau mais elevado de ordem».

Pode resumir-se o estado da arte com a afirmação de que, por um lado, se reconhece hoje que há elementos de subjetividade em todo o juízo de probabilidade,²³ ainda que «científico». Por mais exatas que se nos apresentem as conclusões de um estudo, um olhar atento identificará os elementos de subjetividade inerentes, por exemplo, à fixação dos seus pressupostos. Deverão algumas doenças crónicas ser julgadas mais graves do que a morte? Deverá o risco de um facto com probabilidade de ocorrência reduzida mas com consequências potenciais devastadoras ser julgado maior do que o risco de um facto com elevada probabilidade de ocorrência mas com consequências potenciais bastante menos devastadoras?²⁴ Na avaliação do risco importa ainda distinguir entre a incerteza paramétrica (*what you know you don't know*) e a incerteza sistémica (*what you don't know you don't know*).²⁵ Esta última pode naturalmente viciar toda uma análise, ainda que «científica».

Não significa isto que a análise probabilística varie de sujeito para sujeito: a subjetividade tem aqui o sentido de algo que não dispensa a interpretação, *i.e.* a interposição humana, com a falibilidade que a caracteriza.²⁶

Por outro lado, reconhece-se hoje que as avaliações «leigas» resultam muitas vezes de juízos muito mais sofisticados do que inicialmente se pensara.²⁷ A matéria tem sido especialmente estudada, pelas várias ciências sociais, no contexto da avaliação do risco inerente à tomada de decisões políticas ou mesmo técnicas, suscetíveis de afetar toda uma população.²⁸ Porém,

²³ Cfr. B. FISCHHOFF, «Risk: a guide to controversy» em *Improving risk communication*, Committee on Risk Perception and Communication of the National Research Council (ed.), Washington DC 1989, pp. 211-319, a pp. 270-271.

²⁴ Cfr. ROYAL SOCIETY, *Risk: analysis, perception and management*, F. Warner (dir.), Londres 1992, p. 95.

²⁵ Cfr. ROYAL SOCIETY, cit. *supra* n. 24, p. 96.

²⁶ Cfr. ROYAL SOCIETY, cit. *supra* n. 24, pp. 89-90 e 94-98. Afirma-se neste estudo que a separação entre o «risco objetivo» e o «risco subjetivo» tem vindo a ser alvo de ataques crescentes, já não podendo dizer-se, atualmente, que corresponda a uma posição corrente. É pouco rigorosa a distinção entre o «risco real» e o «risco percebido», porque, em última análise, ambos envolvem, inevitavelmente, a interpretação e a formulação de juízos, e portanto a subjetividade, em maior ou menor grau. C. SCHMIDT, «Risque et incertitude: une nouvelle interpretation» (1996) 25 *Risques: Les Cahiers de l'Assurance* 163-174, a p. 163, conclui que a visão tradicional de que o risco designa toda a incerteza suscetível de ser probabilizada perdeu toda a pertinência, com a generalização das probabilidades subjetivas na teoria da decisão mais recente. Veja-se ainda G. A. HOLTON, cit. *supra* n. 18, pp. 19-25.

²⁷ Nesse sentido, R. BALDWIN, «Introduction – risk: the legal contribution» em *Law and uncertainty: risks and legal processes*, Robert Baldwin (ed.), Londres 1997, pp. 1-18, a pp. 2-5.

²⁸ Cfr. P. SLOVIC, «Trust, emotion, sex, politics, and science: surveying the risk-assessment battlefield» (1999) 19-4 *Risk Analysis* 689-701, a 689; e C. VLEK/ P.-J. STALLEN, «Rational and personal aspects of risk» (1980) 45 *Acta Psychologica* 273-300, *maxime* pp. 275-278. Cfr. ainda ROYAL SOCIETY, cit. *supra* n. 24, pp. 89-90 e 94-98.

as conclusões a que se chegou são em grande medida transponíveis para muitas outras áreas – inclusive, crê-se, a das decisões judiciais.

Será necessária alguma cautela contra certos exageros, *maxime* a afirmação epistémica de que tudo aquilo em que acreditamos é o produto contingente, não apenas do que podemos observar, mas sobretudo do papel que as nossas convicções desempenham na nossa vida social.²⁹ Mas admite-se hoje, como um dado adquirido, que é apenas de grau a diferença entre a probabilidade dita objetiva e a probabilidade dita subjetiva.³⁰

3. Breve introdução à teoria da decisão. Em tema de decisão sobre a matéria de facto, a nossa ciência do direito não tem sofrido tanta influência de outros ramos do saber quanto seria de esperar – ou talvez mais de aspirar... No entanto, parece ter interesse analisar o processo de decisão judicial recorrendo a alguns dos ensinamentos da teoria da decisão, ramo do saber de natureza interdisciplinar, produto de um diálogo entre filósofos, economistas, psicólogos, matemáticos, estatísticos e especialistas em inteligência artificial que, muito sucintamente, se dedica ao estudo dos processos decisórios.³¹

Dentro da teoria da decisão, podemos distinguir uma vertente descritiva, que procura explicar o processo de formação de uma decisão e antecipar o seu sentido. Interessa-nos agora a vertente normativa da teoria da decisão, que procura determinar *como* deve decidir-se, *i.e.* que critérios devem fundar uma decisão racional.

É objeto primordial de teoria da decisão a decisão em ambiente de incerteza, não no sentido estrito que opõe este termo ao risco, mas num sentido mais amplo de incerteza como possibilidade, numa aceção estrita em que esta engloba tudo o que se situa entre a impossibilidade e a necessidade. Recorrendo a linguagem matemática: possibilidade é, neste sentido, toda a probabilidade entre 0 (impossibilidade) e 1 (necessidade).

²⁹ Neste sentido, P. BOGHOSIAN, «What is social construction?» em *Times Literary Supplement*, fev. 2001, disp. em <http://philosophy.fas.nyu.edu/docs/IO/1153/socialconstruction.pdf> (consultado em 31.05.2013).

³⁰ Em ambiente judicial, é muito raro sermos confrontados com juízos de probabilidade dita objetiva, correspondendo a esmagadora maioria dos exemplos de raciocínios probabilísticos com relevo para as decisões a juízos de probabilidade dita subjetiva. Neste sentido, C. AITKEN/ P. ROBERTS/ G. JACKSON, cit. *supra* n. 14, a p. 15.

³¹ Sobre teoria da decisão, cfr. M. PETERSON, *An introduction to decision theory*, Cambridge 2009; ou P. DÖRSAM, *Grundlagen der Entscheidungstheorie*, 4.^a ed., Heidenau 2003.

Quando se está na posse de toda a informação necessária, se é que isso alguma vez sucede, a decisão não representa um desafio. «A teoria da decisão é a teoria de decidir o que fazer quando não se sabe o que irá acontecer.»³²

Em ambiente de incerteza, pode dizer-se que uma decisão é racional se, e apenas se, com base na informação de que dispõe, o decisor optar pela solução mais apta a conduzi-lo ao seu fim. É aquilo a que se chama racionalidade instrumental, porquanto a fixação desse fim é um ato prévio, extrínseco ao funcionamento da teoria da decisão.³³

A paternidade da teoria da decisão costuma ser atribuída a BLAISE PASCAL.³⁴ Atente-se na sua célebre aposta sobre a existência de Deus:

«[O leitor] tem duas coisas a perder: o verdadeiro e o bem. E duas coisas a comprometer: a razão e a vontade, ou o conhecimento e a felicidade. E a sua natureza tem duas coisas que evitar: o erro e a miséria. A sua razão não é mais abençoada escolhendo uma ou a outra, visto que tem necessariamente de escolher. Eis um ponto tratado. Mas e a sua felicidade? Comparemos o seu ganho e a sua perda, ao escolher que Deus existe. Consideremos ambos os casos: se ganhar, ganhará tudo. Se perder, não perde nada. Aposte, pois, que ele existe, sem hesitar.»³⁵

PASCAL explica-nos que à razão tanto faz concluir que Deus existe como que não existe, já que em ambos os casos se arrisca a errar. No entanto, o mesmo não sucederia com a vontade. Comparando o que se ganha e o que se perde em ambos os casos, conclui que tem tudo a ganhar e nada a perder em apostar que Deus existe, pois se acertar e tiver agido em conformidade o Céu é o seu destino. Se não acertar, nada de especial lhe sucederá. Se, pelo contrário, apostar na inexistência de Deus e ele existir, arrisca-se a ir parar ao Inferno. Se acertar, nada de especial lhe sucederá. Assim, aposta na sua existência, sem hesitar.

³² I. HACKING, *The emergence of probability: a philosophical study of early ideas about probability, induction and statistical inference*, London 1975, p. 64.

³³ Cfr. M. PETERSON, cit. *supra* n. 31, Cambridge 2009, pp. 1-5.

³⁴ A quem também se atribui a paternidade da teoria da probabilidade, em conjunto com P. FERMAT. Cfr. A. HÁJEK, cit. *supra* n. 12, s. 1.

³⁵ B. PASCAL, *Pensées*, orig. 1670, L. Brunschvicg (ed.), Paris 1925, extrato do fragmento 233.

É claro que este raciocínio apresenta várias falhas, desde logo porque pressupõe uma simples dicotomia entre a inexistência de Deus e a existência de um deus conforme ao cristianismo. Ele interessa-nos mais como exemplo do que como modelo a seguir.

PASCAL fez uso do *princípio da insuficiência de fundamento*, começando por atribuir idêntica probabilidade às possibilidades de (i) existência e de (ii) inexistência de Deus. Depois, na falta de outros dados, defendeu a escolha da posição que, a ser correta, traria maior ventura e menor desventura ao seu autor.

De acordo com o princípio da insuficiência de fundamento, na falta de elementos que nos permitam definir com exatidão a probabilidade de cada um dos resultados, deverá proceder-se como se todos os resultados tivessem idêntica probabilidade.³⁶

Sucede que só muito raramente se conhecem as probabilidades com exata certeza. Esses raros casos correspondem aos exemplos de manual com dados ou moedas. Na vida real, as coisas não costumam passar-se assim. A única distinção que interessa fazer, nos nossos processos decisórios, é a que separa os problemas *tratados como* questões de decisão sob incerteza e os *tratados como* questões de decisão sob risco. Porque, se quisermos separar as probabilidades exatas das inexatas, em rigor pouco ou nada arrumariamos do lado das primeiras. Por conseguinte, quando dizemos que foi tomada uma decisão com base numa análise probabilística dos diversos resultados possíveis, não significa isso que a decisão tenha sido tomada em condições de absoluta certeza sobre a probabilidade atribuída a cada um dos resultados possíveis, mas apenas que o decisor procurou simplificar o procedimento decisório, quantificando essa probabilidade.³⁷

A contraposição terminológica entre o risco como probabilidade mensurável e a incerteza como probabilidade não mensurável acabaria por vingar no campo da teoria da decisão, mas com uma importante adaptação: há agora a consciência de que o tratamento de um determinado processo de decisão num ambiente de risco ou num ambiente de incerteza depende essencialmente de uma opção – de uma opção metodológica quanto ao processo de decisão. O que interessa, em cada caso, é optar entre tratar ou não cada processo

³⁶ Cfr. P. DÖRSAM, cit. *supra* n. 31, p. 37.

³⁷ Cfr. S. O. HANSSON, «Risk» em *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2012 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/win2012/entries/risk/>>, s. 2.

recorrendo à simplificação de uma quantificação probabilística.³⁸ Já não se distingue entre o que pode e o que não pode ser medido, mas sim entre o que foi e o que não foi medido, para o efeito da tomada de uma decisão. Ou seja, a distinção que interessa fazer, nos processos decisórios, é a que separa os problemas *tratados como* questões de decisão sob incerteza e os *tratados como* questões de decisão sob risco.

O passo seguinte, dado por alguns autores, é a afirmação da desnecessidade da própria distinção entre os conceitos de risco e de incerteza, conforme propugnada por KNIGHT.³⁹ Não se trata de uma conclusão pacífica, mas a querela perde importância, pelo menos na perspectiva de quem procura a sua utilidade para o direito, a partir do momento em que se atinge o consenso quanto ao que atrás ficou dito: que é apenas de grau a diferença entre a probabilidade dita objetiva e a probabilidade dita subjetiva. Interessa-nos ainda reter que a distinção entre a probabilidade numérica e não numérica passa em grande medida por uma decisão do sujeito do juízo de risco: trata-se de dois modos distintos de apreciar um mesmo problema e não de algo que dependa predominantemente da realidade contemplada.

Em lugar de uma apologia do princípio da insuficiência de fundamento, desde a tomada de consciência de que é apenas de grau a distinção entre a probabilidade dita objetiva e a probabilidade dita subjetiva, vamos encontrar cada vez mais, entre os teóricos da decisão mais recentes, a ideia de que, mesmo na falta de dados, estatísticos ou de outra natureza, que sustentem cientificamente um juízo probabilístico, não se podendo determinar com rigor a probabilidade de cada um dos resultados possíveis, chegaremos muitas vezes a uma melhor decisão se, em vez de nos limitarmos a atribuir igual probabilidade a todos eles, ou de nos escusarmos a atribuir-lhes qualquer probabilidade, exprimirmos em linguagem probabilística o resultado do nosso juízo probabilístico, ainda que necessariamente subjetivo e aproximativo. Ou seja: na falta de dados que nos permitam formular um juízo probabilístico de frequência relativa, melhor faremos se não ignorarmos as nossas

³⁸ Cfr. S. O. HANSSON, cit. *supra* n. 37, s. 2; e M. HENSSLER, *Risiko als Vertragsgegenstand*, Tübinga 1994, pp. 234 e 248. A partir do momento em que saímos do campo da lógica matemática, dificuldades da mesma ordem se colocam na determinação da fronteira entre a impossibilidade e a possibilidade.

³⁹ A conclusão é de W.-R. HEILMANN/ W. KARTEN, «Risikopolitik des Versicherungsunternehmens» em *Handwörterbuch der Versicherung*, D. Farny/ E. Helten/ P. Koch/ R. Schmidt (eds.), Karlsruhe 1988, pp. 659-665.

impressões, antes atribuindo graus de probabilidade aos diversos resultados possíveis *em função da nossa convicção*.⁴⁰

4. Reflexão: probabilidade e convicção do julgador da matéria de facto. Passando agora para o tema da decisão judicial, impõe-se a questão de saber se e, em caso afirmativo, que tenho por assente, até que ponto a ciência jurídica deveria fazer uso de tais ensinamentos para refletir sobre, e quiçá reformar, os seus processos de avaliação de possibilidades juridicamente relevantes.

Retomemos o ponto de partida: a ideia de que o juízo de convicção do julgador da matéria de facto não é mais do que um juízo de probabilidade sobre a verdade ou falsidade de certas proposições.⁴¹

Quer entre os historiadores, quer entre os juristas, existe em geral a consciência de que o juiz não atinge, em caso algum, a verdade absoluta.⁴² Entre nós, a lei nada impõe de muito definido a este respeito, limitando-se a uma breve referência à «prudente convicção» do juiz. É usual afirmar-se, sem grande elaboração, que o juiz dá um facto como «provado» quando atingiu a «certeza subjetiva» ou «moral» de que é verdadeira a sua afirmação.⁴³ A tradição faz equivaler esta «certeza subjetiva» à ausência de dúvida sobre a realidade do facto em causa – se não a dúvida metódica, ao menos a dúvida pragmática, necessariamente passível de ser dissipada. Afirma-se que esta certeza subjetiva corresponderia «tão-só a um alto grau de probabilidade, suficiente para as necessidades práticas da vida».⁴⁴ Há depois

⁴⁰ Cfr. P. DÖRSAM, cit. *supra* n. 31, pp. 12, 37-38 e 41; e M. HENSSLER, cit. *supra* n. 38, pp. 234 e 248.

⁴¹ Na expressão do Código de Processo Civil alemão, o tribunal deve decidir «se uma alegação de facto devera ter-se por verdadeira ou falsa» (*ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei*). Cfr. o § 286 I ZPO (*Freie Beweiswürdigung*).

⁴² Cfr. *supra* a n. 9.

⁴³ Art. 607.º/5 CPC. J. M. ANTUNES VARELA/ J. M. BEZERRA/ S. NORA, *Manual de processo civil*, 2.ª ed., Coimbra 1985, p. 436.

⁴⁴ MANUEL DE ANDRADE, *Noções elementares de processo civil*, Coimbra 1979, p. 192, na senda de ROSENBERG e de GOLDSCHMIDT. Para o autor, a certeza histórico-empírica bastar-se-ia com uma opinião – mais do que a ignorância ou a dúvida, menos do que a certeza. Na sua esteira, por sua vez, cfr. J. M. ANTUNES VARELA/ J. M. BEZERRA/ S. NORA, cit. *supra* n. 43, p. 436. Por sua vez, M. TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes, o objecto e a prova na acção declarativa*, Lex 1995, p. 201, sustenta que o grau de convicção que entre nós se exige é o que «permita excluir, segundo o padrão que na vida prática é tomado como certeza, outra configuração da realidade dada como provada». Na jurisprudência, cfr., por exemplo, neste sentido, os Ac. STJ de 28.06.2012 (Granja da Fonseca) e de 10.03.2005 (Sousa Peixoto). Na Alemanha, o estado da arte ainda não se alterou substancialmente. Cfr. L. ROSENBERG/ K. H. SCHWAB/ P. GOTTFELD, *Zivilprozessrecht*, 16.ª ed., Beck 2004, p. 768 § 112 m. 13. Segundo os autores, a posição dominante, na doutrina e na jurisprudência alemãs, é a de que para um juiz dar um determinado facto como provado o grau de certeza que se exige é de «uma (muito) elevada probabilidade» (*einer (sehr) hohen Wahrscheinlichkeit*).

quem distinga, quanto a esta convicção, entre os sistemas de *persuasão racional* e da *íntima convicção*, consoante «os meios de prova devam ser apreciados livremente pela *inteligência* do juiz, apenas pelas suas faculdades cognitivas racionais, ou então por todas as faculdades do juiz suscetíveis de adquirirem para este um conhecimento – mesmo irracional ou intuitivo, mesmo de mera impressão – da realidade».⁴⁵ Da existência de um dever de fundamentação se retira que o nosso sistema seria o da *persuasão racional*.⁴⁶

Ao juiz exige-se, muito pragmaticamente, que decida. Pelo que, não obstante a dúvida metódica que sempre deverá acompanhá-lo, exige-se-lhe que, depois de tudo visto, a suspenda e emita o seu juízo de convicção, dando os factos que lhe foram narrados como provados ou como não provados. Se essa dúvida subsiste, o juiz dá o facto em causa como «não provado». Esta conclusão encerra tão-só a informação de que o juiz não ficou convencido da veracidade da correspondente afirmação. O seu conteúdo é apenas negativo, não podendo dela retirar-se que o juiz tenha ficado convencido da sua falsidade.

Imagine-se que o autor, numa dada ação, alegara que o réu o agredira fisicamente. O juiz pode dar como provado que a agressão ocorreu. Também pode não dar esse facto como provado. Nesse caso, pode dar como provado o facto contrário, *i.e.* que o réu *não* agrediu o autor naquela ocasião. Como também pode dar esse facto como não provado. Apenas nesta última hipótese podemos concluir que o juiz tem dúvidas sobre aquilo que aconteceu.

Ante a proibição do *non liquet*, sempre seria necessário encontrar um critério de decisão que permitisse ultrapassar situações de impasse quanto a questões de facto. Esse critério é-nos

⁴⁵ J. CASTRO MENDES, cit. *supra* n. 10, p. 308.

⁴⁶ Art. 205.º/1 da Constituição da República Portuguesa. A doutrina brasileira faz apelo, a este propósito, ao princípio do «livre convencimento motivado». Cfr. M. FERREIRA DA CUNHA, *A prova sob a perspectiva do direito democrático e a legitimidade dos provimentos: a importância do inter-relacionamento dialético judicial*, diss., Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais 2013, pp. 46-51. Dispõe o art. 131.º do Código de Processo Civil brasileiro: «O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formam o convencimento.» O efeito psicológico da vinculação dos juizes ao dever de fundamentação é explorado por C. ENGEL, «The impact of representation norms on the quality of judicial decisions», *Preprints of the Max-Planck Institute for Research on Collective Goods*, Bona 2004/13 (http://www.coll.mpg.de/pdf_dat/2004_13online.pdf). O autor conclui que a fundamentação das decisões judiciais, além de um efeito cognitivo, mais evidente, de dar a conhecer a *ratio decidendi* e assim permitir a sindicabilidade das decisões judiciais, teria também um importante efeito psicológico sobre os próprios juizes, instando-os ao longo de todo o processo a não se deixarem convencer a não ser por motivos ulteriormente invocáveis na fundamentação das suas decisões. Cfr. ainda J. N. DROBAK/ D. C. NORTH, «Understanding judicial decision-making: the importance of constraints on non-rational deliberations» (2008) 26 *Journal of Law & Policy* 131-152.

geralmente dado pelo instituto do ónus da prova, que serve precisamente o propósito de resolver «[o] problema quotidiano de decidir juridicamente em situações de incerteza».⁴⁷

Sem pretender analisar agora as regras vigentes de distribuição do ónus da prova, há que fazer ao menos uma breve referência ao seu *modus operandi*. Quando o julgador da matéria de facto fica com dúvidas sobre a veracidade ou falsidade de uma afirmação de facto, dará, quer essa afirmação, quer a sua negação, como não provadas. O instituto do ónus da prova fornece-nos então um critério de decisão, apontando-nos a parte contra quem a decisão deve ser proferida sempre que o juiz tiver dúvidas sobre o que se passou – *rectius*: sempre que a sua convicção sobre a veracidade ou falsidade das asserções de facto fique aquém do grau de convicção exigível para dar um facto como provado, qualquer que ele seja. Entre nós, admitamos que se exige em todos os casos a dita «certeza subjetiva», *i.e.* «um alto grau de probabilidade, suficiente para as necessidades práticas da vida».⁴⁸

Pensando no exemplo de há pouco, se o juiz ficar com dúvidas sobre se o réu agrediu ou não o autor, há um princípio de ónus da prova – o princípio do queixoso – que determina que, nesse caso, o juiz deve decidir contra o autor, pois não se fez prova de um facto essencial à fundamentação do seu direito a ser indemnizado pelo réu, com base no instituto da responsabilidade civil delitual.⁴⁹

Em suma, quer na construção do caso prático, quer na valoração das suas lacunas, correspondentes aos factos não provados, o nosso sistema assenta na dicotomia própria de um tudo ou nada: para dar um facto como provado, juiz tem de ter a «certeza subjetiva» de que é verdadeira a sua afirmação. Na dúvida, seja ela grande ou pequena, dá-lo-á como não provado. Significa isto que o caso prático apenas integra os factos dados como provados. Quanto ao mais, funcionam as regras do ónus da prova, também elas de natureza dicotómica: na dúvida, decide-se contra uma das partes e a favor da outra, sendo muito poucos os exemplos de regras de outra natureza.⁵⁰

⁴⁷ Na expressão introdutória de P. MÚRIAS, *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova*, Lex 2000, p. 17.

⁴⁸ Cfr. *supra* n. 44.

⁴⁹ Neste caso, a regra de ónus da prova a aplicar consta do art. 342.º/1, quando conjugado com o disposto no art. 483.º/1, ambos do CC.

⁵⁰ Embora as haja. Cfr., por exemplo, a regra salomónica sobre a demarcação de prédios confinantes constante do art. 1354.º/2 CC. Trata-se de uma solução substantiva específica, um mecanismo alternativo ao ónus da prova. Cfr., neste sentido, P. MÚRIAS, cit. *supra* n. 47, p. 99.

Poderia ser de outro modo? Será este o modo mais racional de decidir do mérito de uma causa? O mesmo é perguntar, recorrendo a um raciocínio próprio da teoria da decisão, se, atendendo ao objetivo último da justa composição do litígio próprio do processo civil, esta será a opção que nos oferece maiores garantias de sucesso.⁵¹

Entre os juristas de formação romano-germânica, não é tradição traçar grandes distinções entre os graus de convicção exigíveis para se dar certo facto como provado.⁵² No processo civil, como em qualquer outro processo, mesmo o penal, o discurso oficial é quase sempre o que vimos há pouco, com pequenas variações entre os vários ordenamentos que não importa aqui esmiuçar: o de que normalmente se exige, para dar um facto como provado, a «certeza subjetiva» ou «moral» sobre a veracidade das correspondentes asserções.⁵³ Em todo o caso, houve entre nós quem abrisse a porta a alguma variabilidade:

«Quanto ao grau de convicção que é necessário para se falar em prova, diremos que é aquele que for necessário para justificar a decisão que nela se baseia. O julgador deve medi-lo em face das circunstâncias do caso concreto e do seu prudente arbítrio; domina aqui a ideia de *justificabilidade*.

⁵¹ Sobre a «intencionalidade específica do processo criminal», que não se reconduz necessária e unicamente à justa composição do litígio, cfr. A. CASTANHEIRA NEVES, *Sumários de processo criminal*, Coimbra 1968, pp. 6-7.

⁵² Cfr. *supra* n. 44.

⁵³ Embora se distinga entre a prova em sentido estrito e os casos em que, para determinados efeitos, se exige um menor grau de convicção sobre a veracidade de uma determinada asserção, de que é exemplo paradigmático a «mera justificação» que se exige nas providências cautelares. Uma vez que estas se destinam a tutelar provisoriamente a aparência de um direito em situações de *periculum in mora*, na sequência de prova sumária o sistema contenta-se com o *fumus boni iuris* – isto é, com uma demonstração de verosimilhança, i.e. com uma probabilidade séria da existência do direito (arts. 365.º/1 e 368.º/1 CPC). Veja-se, no entanto, o art. 5.º do DL n.º 147/2008, de 29 de julho (diploma que consagra o regime da «responsabilidade ambiental»): «A apreciação da prova do nexo de causalidade assenta num critério de verosimilhança e de probabilidade de o facto danoso ser apto a produzir a lesão verificada, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto e considerando, em especial, o grau de risco e de perigo e a normalidade da ação lesiva, a possibilidade de prova científica do percurso causal e o cumprimento, ou não, de deveres de proteção.» Este preceito mereceria maior atenção, neste contexto, do que a que pude dedicar-lhe. Sobre o preceito, cfr. a análise de A. PERESTRELO DE OLIVEIRA, «A prova do nexo de causalidade na lei da responsabilidade ambiental» (2011) *Cadernos O Direito 6. Temas de Direito do Ambiente* 97-115. Neste domínio, ultrapassando a «notável falta de rigor técnico» do preceito, a autora conclui que, para a procedência de um pedido de indemnização, bastaria uma demonstração de que, em abstrato, o facto em apreço era apto a causar o dano, e de que, em concreto, criou ou aumentou a probabilidade de verificação do dano. Ambos os juízos são de natureza probabilística. Esta prova contraria-se, quer afastando essa conclusão – contraprova da criação do risco –, quer demonstrando que, não obstante essa conclusão, não foi o risco criado ou aumentado que esteve na origem do dano – prova negativa da sua materialização (*maxime*, pp. 112-113).

«Toda a prova é, portanto, uma prova *bastante*; bastante para justificar o ato que se vai praticar.»⁵⁴

CASTRO MENDES, que entre nós terá sido quem mais trabalhou o tema, rejeitou liminarmente a possibilidade de fixação de um escalão de intensidades de convicção, mas, reconhecendo que toda a convicção humana é uma convicção de probabilidade, propôs o abandono do termo «certeza» nas referências à convicção do juiz.⁵⁵

O mesmo não sucede nos sistemas de matriz anglo-americana, em que é usual traçarem-se distinções entre diversos graus de convicção. Por exemplo, nos Estados Unidos da América, aplicam-se três graus distintos de convicção à apreciação da prova: (i) no processo penal exige-se, para dar um facto como provado, *proof beyond a reasonable doubt*, que poderíamos fazer equivaler a um juízo probabilístico de 99,99% de certeza subjetiva, apenas para acomodar a dúvida metódica – aquela que nunca se esfuma; (ii) nalgumas matérias de natureza cível, por exemplo quando esteja em causa uma inibição do exercício das responsabilidades parentais, exige-se, para dar um facto como provado, *clear and convincing evidence*, que seria uma fasquia menos exigente do que a anterior, correspondente a um grau de razoável certeza subjetiva: porventura 75% a 80%; e (iii) na generalidade dos processos cíveis aplica-se o critério da *preponderance of the evidence*, significando isto que o julgador da matéria de facto dará um facto como provado ou não provado consoante a sua convicção penda mais para um lado ou para o outro, ainda que ligeiramente: o *standard* é aqui, digamos, de apenas 50,01%.⁵⁶ Em Inglaterra apenas se distinguem dois graus de convicção: o primeiro e o terceiro.⁵⁷

⁵⁴ J. CASTRO MENDES, cit. *supra* n. 10, p. 325. R. P. DUARTE admite que «a intensidade da dúvida relevante pode variar», em «Algumas notas acerca da dúvida no direito» (no prelo). Cfr., no entanto, em defesa de uma aplicação do critério da prova preponderante no nosso processo civil, L. PIRES DE SOUSA, *Prova por presunção no direito civil*, Almedina 2012, pp. 141-149. Na jurisprudência, cfr. os Ac. RE de 21.06.2011 (Gomes de Sousa) e Ac. RE de 06.12.2011 (António João Latas).

⁵⁵ J. CASTRO MENDES, cit. *supra* n. 10, p. 324.

⁵⁶ Cfr. um bom resumo em K. M. CLERMONT/ E. SHERWIN, «A comparative view of standards of proof» (2002) 50 *The American Journal of Comparative Law* 243-276, a p. 251.

⁵⁷ Sobre o direito inglês, cfr., por exemplo, I. H. DENNIS, *The law of evidence*, 4.^a ed., Sweet & Maxwell 2010, pp. 493-499; ou M. REDMAYNE, «Standards of proof in civil litigation» (1999) 62 *The Modern Law Review* 167-195. Na jurisprudência, a dúvida sobre se existiria nalgumas matérias um grau intermédio de convicção foi afastada pela *House of Lords* em *Re B (A Child)* [2008] UKHL 35; [2008] 4 All ER 1; e pelo Supremo Tribunal, que a substituiu, em *Re S-B (Children)* [2009] UKSC 17; [2010] 1 All ER 705.

Poderá supor-se despidiêda a quantificação destes graus de convicção. No entanto, a questão foi objeto de alguns estudos, que, comparando as fórmulas qualitativa e quantitativa de instruir os jurados, revelaram que estes reagem melhor aos números: quando instruídos apenas mediante o uso das três expressões consagradas, a proporção entre os casos decididos contra ou a favor de cada uma das partes não apresentou grandes variações m função do grau de convicção que se pedia aos jurados que aplicassem, sendo as diferenças praticamente nulas entre as aplicações dos critérios intermédio e da prova preponderante. Concluiu-se que tais instruções não seriam rigorosamente seguidas, pois o sentido das decisões indiciaria que os jurados aplicariam na generalidade dos casos algo de próximo do critério intermédio (*clear and convincing evidence*). Os mesmos estudos revelam que, quando se pediu aos jurados que aplicassem graus de convicção de 51%, 71% e 91%, já a proporção de procedência dos pedidos do autor decaiu significativamente, em correlação direta com um aumento do grau de convicção exigido.⁵⁸

Pensemos nalguns exemplos para ilustrar as diferenças entre estes graus de convicção. No grau mais exigente, basta que ao juiz ocorra uma *versão alternativa dos factos* com um mínimo de plausibilidade para não poder dar os factos em causa como provados. A ideia de uma versão alternativa dos factos pressupõe que a decisão sobre a matéria de facto se funde em prova indiciária – e não será sempre assim?⁵⁹ Imaginando que se deu como provado que o arguido saiu do local do crime empunhando uma faca e envergando roupa ensanguentada poucos minutos antes de alguém encontrar o corpo da vítima de um homicídio, o arguido ainda assim deverá ser absolvido se esses factos, e os demais dados como provados, forem integráveis numa narrativa coerente que inclua a circunstância de o arguido não ter cometido aquele homicídio. Atendendo ao princípio *in dubio pro reo*, a plausibilidade dessa narrativa será suficiente para criar no espírito do juiz uma dúvida *razoável*, impedindo-o de dar como provado que o arguido desferiu os golpes que conduziram à morte da vítima, não se exigindo, naturalmente, que se faça prova dos, ou sequer sobre os factos que a

⁵⁸ Nesse sentido, D. K. Kagehiro/ W. C. Stanton, «Legal vs. quantified definitions of standards of proof» (1985) 9 *Law and Human Behavior* 159-178.

⁵⁹ Como sublinha L. PIRES DE SOUSA, cit. *supra* n. 54, a p. 18, a não ser, porventura, no caso da inspeção judicial, toda e qualquer prova é sempre, nalguma medida, prova indiciária. O que distingue a prova dita direta da prova dita indireta é o número de passos inferenciais requeridos para estabelecer o *factum probandum*. «Toda a prova assenta numa inferência e sempre que julgamos presumimos» (p. 20). Cfr. o art. 349.º CC.

compõem.⁶⁰ Deste deverá distinguir-se o grau de convicção máximo, que nunca se exige, e que corresponderia à *proof beyond the shadow of a doubt*, i.e. a certeza absoluta (de 100%).⁶¹

Passando ao domínio do processo civil, imaginemos que o autor apresenta certo documento em tribunal, que o réu impugna a genuinidade da assinatura que lhe é atribuída e que a respetiva perícia é inconclusiva.⁶² Será frequente ambos os lados apresentarem narrativas minimamente coerentes e verosímeis. Em grande parte destes casos, muito provavelmente o critério mais exigente acima exposto, se rigorosamente aplicado, não permitiria dar como provada, nem a genuinidade, nem a falsidade da assinatura. No entanto, será também frequente, uma vez produzida e analisada a prova, a convicção do juiz pender mais para um lado do que para o outro – porque atribui maior crédito ao depoimento de uma das partes, ou porque alguns dos outros factos dados como provados são mais compatíveis com uma ou outra das narrativas. O critério da prova preponderante determina que o juiz ausculte a sua convicção em busca do lado para que ela pende, ainda que ligeiramente. Não *tem de* pender: o juiz pode não dar como provado, nem a genuinidade, nem a falsidade da assinatura, porque considera ambas igualmente credíveis ou não credíveis – casos em que funcionariam as regras sobre o ónus da prova. Note-se que não se pede ao juiz que decida, globalmente, se a versão dos acontecimentos narrada pelo autor convence mais ou menos do que a narrada pelo réu, mas sim que determine se, em função de toda a prova produzida e analisada, considera cada um dos factos relevantes mais provavelmente verdadeiros ou falsos.⁶³

Se o critério a aplicar fosse o intermédio, o juiz só daria como provada a genuinidade ou a falsidade da assinatura se concluísse que a sua convicção pendia *significativamente* para uma das versões dos acontecimentos, i.e. se estivesse *firmemente convencido* da genuinidade ou falsidade da assinatura.

⁶⁰ Entre nós, cfr. o Ac. RE de 21.06.2011 (Gomes de Sousa). «Na prática, o juízo de certeza judicial vigente no ordenamento jurídico processual penal português em nada difere do *beyond reasonable doubt*.»

⁶¹ Lord Denning em *Miller v. Minister of Pensions* [1947] 2 All ER 372. Assim distingue a dúvida razoável da dúvida fantasiosa.

⁶² Agradeço o exemplo a Pedro Caetano Nunes.

⁶³ Neste sentido, C. B. MUELLER/ L. C. KIRKPATRICK, *Federal evidence*, 3.^a ed., I, Thomson West 2007, pp. 437-438. A expressão consagrada por Lord Denning é *more probable than not*. Cfr. *Miller v. Minister of Pensions* [1947] 2 All ER 372.

O método anglo-americano de tratar o processo decisório é, pelo menos conceptualmente, radicalmente distinto do que entre nós se cultiva, embora na prática possa estimar-se existir uma forte probabilidade de os resultados de um e de outro não serem assim tão distintos quanto poderia parecer.⁶⁴⁻⁶⁵

Se este modo de pensar as decisões sobre matéria de facto causa estranheza, por contrariar o que talvez apenas intuitivamente nos pareceria mais correto, sucede que ele parece assentar numa tentativa consciente de otimizar as decisões judiciais, de acordo com a máxima da teoria da decisão de que uma decisão só é racional se, e apenas se, com base na informação de que dispõe, o decisor optar pela solução mais apta a conduzi-lo ao seu fim.⁶⁶

⁶⁴ Cfr. o Princípio 21.2 dos *ALI/Unidroit Principles of Transnational Civil Procedure*: «Facts are considered proven when the court is reasonably convinced of their truth». Em Comentário, afirma-se que este é o grau de convicção que se aplica na maioria dos sistemas jurídicos. Acrescenta-se que, funcionalmente, o *standard* da prova preponderante não difere substancialmente daquele (P21-2B). O texto dos Princípios e dos Comentários que os acompanham foi adotado pelo American Law Institute em maio de 2004 e pelo UNIDROIT em abril de 2004.

⁶⁵ Um exemplo recente, entre os vários que poderiam levar-nos a acreditar que, realmente, os juízes muitas vezes impõem-se graus de convicção menos exigentes nalguns processos cíveis do que na generalidade dos processos penais, consta do Ac. RC de 22.01.2013 (Regina Rosa). Este caso respeitava a uma ação de indemnização proposta pela mulher da vítima de um acidente de viação, a quem foi atribuída uma indemnização pelo dano de privação de relações sexuais, decorrente da impotência que ficou a afetar o marido, contra, entre outros, o Fundo de Garantia Automóvel. O tribunal de primeira instância deu como provados, entre outros, os seguintes factos: «34. À data do acidente, o A. levava com a sua esposa uma vida sexual ativa, satisfatória para ambos, pelo que o afeta grave e profundamente a disfunção sexual de que passou a padecer após o acidente.» E «41. A vida sexual ativa que os AA. tinham antes do acidente unia-os profundamente e proporcionava-lhes uma existência feliz.» Muito embora se desconheça a prova que no caso foi produzida, dir-se-ia que, com um elevadíssimo grau de probabilidade, terá havido aqui alguma generosidade na formação da convicção subjacente a estes juízos, que não se crê que pudesse vir a ocorrer na generalidade dos processos de natureza criminal.

⁶⁶ Cfr. J. BROOK, «Inevitable errors. The preponderance of the evidence standard in civil litigation» (1982) 18 *Tulsa Law Review* 79-109; e M. REDMAYNE, cit. *supra* n. 57, pp. 167-195. Digna de nota é a acesa polémica entre K. M. CLERMONT/ E. SHERWIN, cit. *supra* n. 56, e M. TARUFFO, «Rethinking the standards of proof» (2003) 51 *American Journal of Comparative Law* 659-677. CLERMONT e SHERWIN apresentam uma interessante análise comparativa entre os sistemas de *common law* e de *civil law*, defendendo a superioridade dos primeiros e manifestando alguma estranheza em relação aos segundos. A falta de conhecimento que aqui e ali terão revelado sobre os vários sistemas de *civil law* e as suas *nuances* colocaram-nos na mira certa, embora visivelmente irada, de TARUFFO. O autor tece-lhes duras críticas. Crê-se que, tudo visto e ponderado, a defesa que aqueles autores fazem do sistema anglo-americano continua a merecer atenção. Cfr. ainda, em jeito de réplica, K. M. CLERMONT, «Standards of proof revisited» (2008), disp. em <http://ssrn.com>, p. 5 n. 6. Por fim, veja-se um estudo de D. Demougin/ C. Fluet, «Deterrence versus judicial error: a comparative view of standards of proof» (2005) 161 *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 193-214. Neste estudo de análise económica do direito, os autores concluem que, ao contrário do que seria de supor, os graus de convicção próprios dos sistemas de *common law* acabam por não minimizar os erros judiciais, atendendo a algumas peculiaridades do direito probatório neles vigente, mas revelam-se eficazes enquanto elementos dissuasores de condutas socialmente indesejáveis; nos sistemas de *civil law*, em contrapartida, os graus de convicção aplicáveis, mais exigentes embora também mais imprecisos, seriam mais eficazes a minimizar os erros judiciais, mas não funcionariam tão bem enquanto elementos dissuasores de condutas socialmente indesejáveis. Os autores propõem um sistema híbrido, com base naquilo que encontram de melhor em cada

São distintos os conceitos de decisão racional e de decisão justa.⁶⁷ O fim último de toda a decisão judicial será a justa composição do litígio. Com os meios limitados à sua disposição e a imperfeição inerente à natureza humana, o decisor judicial não está em posição de atestar, com absoluta certeza, a justeza da sua decisão. Ao invés, já estaria ao seu alcance controlar a racionalidade da sua decisão. A decisão racional é a que, com a informação ao seu dispor, se afigure mais apta a conduzir, em cada caso concreto, a uma justa composição do litígio. O método anglo-americano parte desta premissa para dar tratamento distinto às decisões a proferir em processos civis e criminais, atendendo à diversidade dos seus efeitos.

No processo penal sobreluz a asserção, subjacente ao princípio *in dubio pro reo*, de que mais vale absolver um criminoso do que condenar um inocente. Assim se justifica também a exigência de um fortíssimo grau de convicção para, em processo penal, dar um facto como provado.⁶⁸

O mesmo raciocínio não parece aplicar-se sem mais ao processo civil. Neste, ao menos no processo declarativo, existe um equilíbrio entre as partes que talvez fosse conveniente preservar. *Ou não*. Mais do que defender esta ou aquela solução, pretendo com este texto sublinhar a necessidade (i) de se discutir e assentar ideias quanto aos objetivos do nosso sistema processual civil; e (ii) de fomentar as reflexões sobre o grau ou graus de convicção exigíveis e as referências a este tema na fundamentação das decisões sobre a matéria de facto, pois o silêncio que neste domínio vem predominando reconduz-se a um défice de fundamentação que seria de evitar.⁶⁹

um dos sistemas. Nas palavras de F. E. VARS, «Toward a general theory of standards of proof» (2010) 60 *Catholic University Law Review* 1-46, a p. 1, «a escolha do *standard* de prova mais adequado será quase certamente experimental: há ainda demasiado por conhecer ou incognoscível».

⁶⁷ Cfr. M. PETERSON, cit. *supra* n. 31, pp. 4-5.

⁶⁸ Como esclarece L. PIRES DE SOUSA, cit. *supra* n. 59, p. 141, «à medida que aumentamos a exigência do *standard* de prova, aumentam os falsos negativos e diminuem os falsos positivos».

⁶⁹ Atendendo, desde logo, ao comando ínsito no art. 205.º/1 da Constituição da República Portuguesa. As parcas referências a esta matéria na doutrina e na jurisprudência lusas explicarão em parte como os tribunais superiores, nas raras vezes em que se pronunciam sobre a matéria, se limitem, na senda da doutrina mais antiga, a formular referências mais ou menos vagas à «certeza subjetiva». Cfr., por exemplo, neste sentido, os Ac. STJ de 28.06.2012 (Granja da Fonseca) e de 10.03.2005 (Sousa Peixoto). Ao arrepio desta tendência, encontramos algumas declarações de adesão ao critério da prova preponderante no processo civil em pelo menos dois arestos do Tribunal da Relação de Évora: o Ac. RE de 21.06.2011 (Gomes de Sousa) e o Ac. RE de 06.12.2011 (António João Latas). Contudo, há que observar que se trata de *obiter dicta* sobre o processo civil em decisões de natureza penal.

Alvitram os defensores de uma aplicação, a estes casos, do critério da prova preponderante que tão má é uma decisão que condene o réu a pagar ao autor mil euros, quando a quantia não era devida, como a que o absolve do pedido, quando a devia. Assim sendo, sustentam que é este o único critério racional de decisão, minimizador dos erros quando exista esta igualdade entre as partes.

Quando se reclama em juízo a condenação do réu no pagamento de uma dívida, segundo o entendimento que entre nós vai prevalecendo o pedido só deverá proceder se o juiz ficar inteiramente convencido da sua existência – *rectius*, da veracidade das afirmações de facto de que resulta a conclusão jurídica de existência dessa dívida. Para simplificar o discurso, falarei apenas na dívida. Se um juiz estiver apenas *razoavelmente convencido* de que o autor deve mesmo aquele dinheiro ao réu, então, de acordo com o critério ao menos *alegadamente* vigente entre nós, deveria absolver o réu do pedido, porque a sua convicção não corresponde a uma «certeza moral», ou «subjética». Se atribui plausibilidade à versão dos factos segundo a qual a dívida não existe, absolve o réu do pedido. Este é o grau de convicção correspondente ao *standard* mais exigente de todos, que, nos sistemas de matriz anglo-americana, se designa por *proof beyond a reasonable doubt*.

No entanto, se o juiz está razoavelmente convencido de que a dívida existe, isso significa que atribui maior probabilidade à existência da dívida do que à sua inexistência. Assim, o critério de decisão vigente entre nós tende para a absolvição, enquanto o critério alternativo que ora se pondera levaria à tomada da decisão que, de acordo com a convicção do juiz, mais provavelmente traria um resultado ao menos próximo de uma justa composição do litígio.

No nosso sistema, os pratos da balança estão nesta matéria em permanente desequilíbrio. Neste caso, como de resto em muitos, em benefício de quem almeja a uma manutenção do *status quo*. Mas sempre em benefício de uma das partes, contra a outra.

Senão vejamos: continuando a pensar no exemplo de uma quantia em dívida, suponhamos que de mil euros, o critério que os nossos tribunais aplicam, na medida em que tende para a absolvição, propicia decisões que não conduzem a nenhuma deslocação patrimonial do réu para o autor, nos casos em que o próprio juiz desconfia que a justa composição do litígio determinaria uma deslocação de mil euros para a esfera do autor. Seguindo o critério

alternativo ora em apreço, a decisão condenaria o réu a pagar os mil euros ao autor. O risco, na primeira hipótese, seria o de os mil euros em causa acabarem na esfera errada – neste caso, na esfera do réu. Na segunda hipótese, o risco seria o mesmo, de os mil euros em causa acabarem na esfera errada, embora neste caso a esfera beneficiada seria a do autor. Sendo idêntica, em ambos os critérios, a magnitude das consequências de uma decisão injusta, porque não aplicar o critério que, no entender do juiz, oferece a maior probabilidade de uma decisão justa?

O instituto do ónus da prova, ao determinar contra quem a decisão deve ser proferida em caso de dúvida, não desaparece, nos sistemas de matriz anglo-americana, nos casos em que se aplica o critério da *preponderance of the evidence*. Tão-pouco se desvanece a sua natureza dicotómica. Simplesmente, este instituto torna-se muito menos relevante, porque basta um ligeiro pendor na convicção do juiz para uma das versões em causa ser dada como provada, limitando-se a utilidade do mecanismo de resolução das situações de dúvida aos casos em que a convicção do juiz não pende para nenhum dos lados.

«[N]a apreciação do justo grau de probabilidade está o segredo do acerto da decisão.»⁷⁰

5. A probabilidade na fixação do montante de uma indemnização. Possibilidade distinta desta, mais radical, seria acabar-se por completo com a própria dicotomia provado / não provado, substituindo-a por algo do género de «provado em 75%» ou «em $\frac{3}{4}$ ».⁷¹

O nosso ordenamento não nos oferece essa possibilidade. Assim, reflito agora sobre se haverá outro modo de atingir o resultado que se obteria com semelhantes decisões sobre a matéria de facto. Faço-o no contexto de um tema candente do direito civil: a recente autonomização de um dano de perda de oportunidade, ou de *chance*.

⁷⁰ J. OSÓRIO, «Julgamento de facto» (1954) 7 *Revista de Direito e de Estudos Sociais* 196-219, p. 218. O autor exemplifica, afirmando que o juiz exigirá «uma prova mais segura em relação a factos que imponham prejuízos do que em relação àqueles que somente implicam a perda de vantagens».

⁷¹ M. TEIXEIRA DE SOUSA, cit. *supra* n. 44, a p. 201, observa que, no nosso sistema, «a afirmação de que um facto está provado com fundamento numa regra de probabilidade não significa que esse facto é provável, mas que ele se considera demonstrado com base nessa mesma regra. (...) Portanto, a probabilidade fundamenta a apreciação do facto como provado, mas não é transposta para o próprio resultado (...). Um facto considerado provado é um facto verdadeiro e não um facto provavelmente verdadeiro».

Este é um domínio em que o modo probabilístico de pensar já tem vindo a ter algum sucesso nos nossos tribunais. Entendo que a autonomização de um dano de perda de oportunidade não é algo de estranho ao normal funcionamento da responsabilidade civil, antes correspondendo a *um exemplo entre muitos* que poderiam ser dados de um *dano intermédio*, quando contrapostos a outros que, num dado contexto, poderão funcionar como *dano final*, embora por sua vez possam corresponder a um dano intermédio num processo causal mais amplo, que tenha em conta um horizonte temporal mais distante. Decorre deste entendimento a conclusão de que é maior do que se supõe o papel da probabilidade na fixação do montante de uma indemnização.

Nesta sede, impõe-se uma chamada de atenção para a forte interligação que existe, sob a fachada unitária da chamada perda de *chance*, entre «questões distintas que se situam em dois planos, que importa separar, ainda que interfiram entre si: o plano do dano e o plano da causalidade».⁷²

Deverá distinguir-se, ao menos conceptualmente, entre os casos em que o juiz está razoavelmente convicto de que o dano ocorreu e os casos em que não se questiona a ocorrência do dano mas apenas a sua causa, sabendo o juiz que existe alguma probabilidade de determinado facto anterior ao dano ter estado na sua origem. Nos primeiros casos o raciocínio probabilístico surge no plano do dano, nos segundos casos no da causalidade. Ambos admitiriam, em teoria, uma decisão de «provado em 75%» ou «em $\frac{3}{4}$ ».

Começando por um exemplo dos primeiros, relativo ao cálculo de uma indemnização em dinheiro, por forma averiguar se neste domínio nos é permitido atingir um resultado ao menos próximo de uma decisão de «provado em 75%» ou «em $\frac{3}{4}$ ». Imaginemos que A pede uma indemnização no montante de 6.000 euros. Se o juiz só ficar convencido de que A sofreu danos no valor global de 4.500 euros, a condenação de R no pedido será apenas parcial. É claro que, nessa situação como nas demais, o juiz não deixou de dar certos factos como provados e outros como não provados, não fugindo à dicotomia do tudo ou nada. Simplesmente, a solução final pode já não assentar na dicotomia do tudo ou nada. Assim será se o juiz considerar que o *valor* de certo dano é inferior ao alegado pelo autor. A decisão também será parcial, embora nesse caso já não se fuja à dicotomia do tudo ou nada,

⁷² J. GOMES, «Sobre o dano de perda de chance» (2005) XIX-II *Direito e Justiça* 9-47, p. 25.

quando aquilo a que chamamos «factos», os pedaços de realidade que, recorrendo ao artifício de um processo intelectual, A teve por bem individualizar, sobre elas emitindo as suas narrações, são intelectualmente destacáveis uns dos outros. Pode assim o juiz dar como provado, por exemplo, que A era proprietário de três consolas topo de gama, que se perderam em consequência do acidente, e não das quatro alegadas. Mesmo nestes casos, estando em causa dinheiro, a sua divisibilidade faz quase desaparecer a questão, podendo decidir-se até ao cêntimo o montante dado como perdido.

O que o juiz já não pode de todo fazer é decidir, atendendo à sua convicção, que estima em $\frac{3}{4}$ a probabilidade de as quatro consolas de A se terem perdido no acidente, condenar R a pagar $\frac{3}{4}$ do valor das ditas consolas. Esta possibilidade teria na sua base a fórmula usada pela teoria da decisão da multiplicação da probabilidade de ocorrência de um dado resultado pela magnitude das suas consequências, ou seja, a esperança matemática.⁷³

Pensemos agora num exemplo de escola que já nos situa no plano da causalidade: num hospital existem 99 doentes, cada um deles com 33% de hipóteses de sobrevivência. Todos acabam por morrer, na sequência de uma intervenção negligente – por exemplo, é-lhes administrado o fármaco errado. Poderá atribuir-se aos seus familiares, em todos os casos, 33% do valor da indemnização que receberiam se tivessem demonstrado uma relação de causalidade entre a negligência médica e a morte?⁷⁴

Sustentam os críticos que, se assim se decidir, todos eles recebem o valor errado, porque na verdade uns teriam sobrevivido e outros não, o que significa que uns deveriam receber tudo, e os outros nada. Há quem responda que não se trata de uma decisão errada, mas de uma decisão que toma em consideração a dúvida quanto ao processo causal, que dá azo a erros de menor dimensão do que a regra do tudo ou nada.⁷⁵ Assim é, parece, quer ela se situe em torno dos 50%, quer se aproxime dos 100% de convicção, pois este mecanismo funciona de um modo independente do grau de convicção que concretamente se exija ao julgador da matéria de facto.

⁷³ Há quem defenda que também a ciência jurídica deveria recorrer a esta fórmula para a avaliação de um risco ou, mais genericamente, de uma qualquer possibilidade juridicamente relevante. É o caso de G. MASCH, *Chance und Schaden. Zur Dienstleisterhaftung bei unaufklärbaren Kausalverläufen*, Tübinga 2004, pp. 320-359, *maxime* p. 325 (*der Erwartungswert als Wert der Chance*).

⁷⁴ Ver um exemplo semelhante em J. GOMES, cit. *supra* n. 72, pp. 46-47.

⁷⁵ G. MASCH, *Chance und Schaden*, pp. 356-359.

Não cabe no âmbito desta exposição o esmiuçar da distinção entre os planos do dano e da causalidade, nos seus contornos de direito material. Mas há que sublinhar a enorme proximidade de que gozam, no plano do processo, estes dois pressupostos da responsabilidade civil.

Quando se estuda, no plano substantivo, os vários pressupostos da responsabilidade civil, poderá ficar-se com a ideia de que, na preparação de uma petição inicial, o autor não tem mais do que descrever os factos que os evidenciam. No entanto, como já acima se disse, tais factos não existem enquanto tais. E a sua identificação como um dano é já o resultado de uma qualificação jurídica. Os danos não existem. A realidade é um *continuum* de onde retiramos alguns elementos que, depois de interpretados e apreciados, decidimos narrar, porque parecem servir o nosso propósito de demonstrar o impacto negativo da conduta do lesante sobre a nossa pessoa, física ou moral, ou sobre o nosso património – neste último caso porque, e sem querer entrar em grandes pormenores, o conceito de dano que neste contexto nos interessa é o de dano em sentido patrimonial, e não em sentido real, ou seja o dano como uma diminuição do património do lesado.⁷⁶

Imaginemos que R vendeu a A um fertilizante mais forte do que o que seria adequado a uma plantação de tomate. Arruinada a produção desse ano, pode dizer-se que A sofreu um dano decorrente da conduta de R, de que resultou o perecimento das plantas então existentes. Também poderá afirmar-se que sofreu a perda da sua produção de tomate. Poderá ainda alegar-se que A, que também era produtor de conserva de tomate, ficou nesse ano impedido de produzi-la, correspondendo o seu dano ao valor da produção que de outro modo existiria, deduzido do que poupou com a sua inatividade. E poderá alvitrar-se que A, cuja principal indústria era afinal a da restauração, se viu privado de um ingrediente essencial à confeção de alguns dos seus pratos mais afamados, perdendo assim alguma clientela.⁷⁷ E assim por diante, pois a vida continua – sempre que se interrompe um nexo causal, não mais acabaria o elenco de tudo aquilo que poderia ter acontecido e não aconteceu, e vice-versa.

⁷⁶ Art. 562.º CC.

⁷⁷ Agradeço o exemplo a Pedro Múrias.

É claro que, quanto mais se avança no tempo, mais ténue será o nexo causal entre o facto lesivo e as suas várias repercussões.

Na alegação dos factos que comporão a causa de pedir, bem como na redação do pedido, A deve ajuizar das suas hipóteses de convencer o juiz da veracidade das suas alegações de facto que consubstanciem danos, e da existência de um nexo de causalidade que lhe permita imputá-los a R. Este juízo também é probabilístico – sem prejuízo, naturalmente, das diversas questões de causalidade em nada relacionadas com probabilidade.

Como todo o dano, o dano de perda ou diminuição de uma oportunidade de ganho, como de resto o dano de criação ou agravamento de uma oportunidade de perda, *i.e.* do que chamamos um risco, é um elemento da realidade que o A artificialmente destaca do *continuum*, ao integrá-lo na causa de pedir de uma ação judicial. Sempre que o A tenha fortes dúvidas de que conseguiria provar que sofreu certo dano, ou demonstrar a relação causal entre a conduta do réu e o dano, há que recuar no tempo e centrar as atenções nos danos cuja ocorrência e/ou relação causal terá mais hipóteses de demonstrar.

Quanto ao juiz, a sua apreciação estará limitada ao objeto do processo, embora disponha de alguma margem de apreciação, na medida em que o dano é um termo jurídico cuja qualificação extravasa a mera decisão sobre matéria de facto.

Tudo isto para concluir, como há pouco se anunciou, que a autonomização de um dano de perda de oportunidade não é algo de estranho ao normal funcionamento da responsabilidade civil, antes correspondendo a *um exemplo entre muitos* que poderiam ser dados de um *dano intermédio*, quando contrapostos a outros que, num dado contexto, poderão funcionar como *dano final*, embora por sua vez possam corresponder a um dano intermédio num processo causal mais amplo, que tenha em conta um horizonte temporal mais distante.

Não obstante, é quando se discute a perda de uma oportunidade propriamente dita que o modo probabilístico de pensar tem vindo a ter mais sucesso nos nossos tribunais. Um caso paradigmático é o do advogado que perde um prazo para contestar, de modo que o cliente perde a ação. Ante a dificuldade, ou mesmo impossibilidade de convencer o juiz de que de outro modo ganharia a ação, o A procura demonstrar que sofreu um dano prévio a esse: a

conduta negligente de R resultou na perda da única oportunidade que tinha de apresentar a sua defesa.

Antes de mais, impõe-se ao juiz que averigue da viabilidade, não da ação que julga, entre o A, cliente, e o R, seu advogado, mas da ação que o R alegadamente perdeu quando patrocinava o A. Este juízo diz respeito ao pressuposto nexo de causalidade. Quanto ao dano intermédio de perda de uma oportunidade, em si mesmo considerado, haverá então que admitir a sua existência e que calcular o seu valor, tendo como referência o dano final de perda da ação, para os efeitos da fixação do montante da indemnização.⁷⁸

Tem interesse atentar nas diferentes perspetivas recentemente adotadas a este respeito pelo nosso Supremo Tribunal de Justiça.

Num primeiro caso,⁷⁹ o R, advogado, patrocinara a A numa ação contra si proposta, em que se pedia a sua condenação na restituição de uma moradia que lhe fora entregue na sequência da celebração de um contrato-promessa de compra e venda com permuta, e no pagamento de uma indemnização de montante correspondente à renda que a dita moradia poderia ter gerado. Além de apresentar a sua defesa, invocando o incumprimento do contrato pela promitente vendedora, a A pedira, em reconvenção, a condenação da então autora a devolver o sinal em dobro e a pagar-lhe uma indemnização por litigância de má fé. No entanto, o R não apresentou oportunamente o seu requerimento de prova, o que terá determinado a improcedência da defesa e da reconvenção e a condenação da A nos pedidos. Leiam-se alguns trechos deste aresto:

«Não se pode determinar qual seria o *provável* resultado da prova que viesse a ser oportunamente requerida e produzida; nem tão pouco o *provável* desfecho jurídico da causa, quanto mais não seja por isso mesmo; pelo menos, quanto a todas as questões suscitadas na ação (...). (...)

«É difícil sustentar a existência do nexo de causalidade adequada entre a omissão de apresentar prova e o *dano final* da perda da ação e da reconvenção; mas parece possível encontrar esse *nexo* quanto ao dano da

⁷⁸ Sendo aqui especialmente relevante a regra do art. 566.º/3 CC.

⁷⁹ Ac. STJ de 14.03.2013 (Maria dos Prazeres Pizarro Beleza).

perda de oportunidade de vencer, tendo em conta as regras sobre a oportunidade e a preclusão de requerer prova e sobre o ónus da prova; a falta de requerimento de prova para lograr demonstrar os factos controvertidos é causa adequada da *perda de oportunidade*, autonomamente considerada;

«Só que, afastada esta dificuldade, coloca-se o problema da compreensão exata do dano e do cálculo da correspondente indemnização. Entende-se, quanto a este ponto, que o dano da perda de oportunidade de ganhar uma ação não pode ser desligado de uma probabilidade *consistente* de a vencer: se, por negligência do advogado, não foi requerida prova para sustentar uma ação, ou uma exceção, claramente infundada, carece de justificação substancial a atribuição de uma indemnização ao seu constituinte, pela perda da oportunidade de obter uma decisão favorável... que manifestamente não seria viável, ainda que a prova tivesse sido oferecida. (...)

«O dano traduzir-se-á, então, na *perda de uma certa probabilidade de ganhar a ação*, seja a parte autora, ou ré; e esta afirmação é independente da dificuldade de *quantificação* dessa probabilidade.»

Analisando os factos, o tribunal concluiu pela inviabilidade de uma parte da defesa que fora apresentada pela A. Todavia, admitiu a «perda da oportunidade de procedência da exceção de incumprimento da parte contrária, e do direito à restituição em dobro do sinal prestado».

Na linha da orientação seguida num aresto anterior,⁸⁰ entendeu o tribunal que estava aqui em causa um «dano cujo “valor exato” se não consegue averiguar, cumprindo determinar o montante indemnizatório segundo critérios de equidade; e que os elementos disponíveis aconselham a que se repartam igualmente as hipóteses de ganho de causa». Noutro ponto, conclui, citando o referido aresto, que «o grau da possibilidade de ocorrer uma ou outra situação (procedência, improcedência – total ou parcial), não pode deixar de fixar-se em

⁸⁰ O Ac. STJ de 28.09.2010 (Moreira Alves).

50% para cada uma das partes, visto que, salvo melhor opinião, qualquer outra percentagem se nos afigura arbitrária, por falta de base lógica em que assentar».

Eis um excelente exemplo da aplicação do princípio da insuficiência de fundamento: na impossibilidade de atribuir graus de probabilidade rigorosos, opta-se por atribuir a mesma probabilidade a todos os resultados possíveis. Fundamenta-se o montante assim fixado no princípio da equidade.⁸¹

É a via mais cautelosa: ante a impossibilidade de chegar a valores exatos, o tribunal abstém-se por completo de emitir um juízo probabilístico, atribuindo a ambas as partes iguais hipóteses. Muito possivelmente, neste caso, o tribunal de recurso não dispunha de elementos de facto que lhe permitissem concluir de outro modo. Na grande maioria dos casos, só o tribunal de primeira instância estaria em condições de obter tais elementos de facto.⁸² Neste caso, além de não se ter produzido a prova que teria sido requerida, o que dificulta a avaliação da sua solidez, há que sublinhar que ao novo tribunal não se pergunta como julgaria aquela causa, se lhe fosse dado julgá-la, mas sim como avalia a probabilidade de a primeira causa ter tido um outro desfecho, em primeira instância ou nas instâncias de recurso. Em todo o caso, afastando-nos do caso e raciocinando em abstrato, cabe perguntar se a atribuição, em todos estes casos, de iguais hipóteses a ambas as partes será o modo mais justo de decidir do mérito de uma causa.

Já vimos que atualmente se atribui valor à probabilidade dita subjetiva. Acresce que, independentemente do que hoje já se diz a esse respeito, de há muito que é essa a postura que pacificamente vem sendo adotada, por exemplo, no ensino do direito, onde ninguém sustenta seriamente que haja uma diferença objetiva rigorosa entre um exame a que se atribuiu uma classificação de 83% e outro que mereceu a classificação de 84% (ou os correspondentes valores numa escala de 0 a 20).

Em todo o caso, a subjetividade inerente à avaliação não pode levar o docente a abster-se de avaliar, como – sustenta-se – não deveria levar o juiz a abster-se de julgar. Em muitos dos casos em que se apela à equidade na fixação do montante da indemnização, o juiz

⁸¹ Art. 566.º/3 CC.

⁸² A Relação dispõe agora de alguma margem de manobra, embora pequena, mas as suas decisões não são recorríveis para o Supremo (art. 662.º/2 e 4 CPC).

acaba por não prestar contas, de modo suficiente, do seu processo decisório, o que se traduz num défice de fundamentação da sua decisão que, uma vez mais, seria de evitar.⁸³

A permissão de uma decisão *ex aequo et bono* não deve ser interpretada como criando um espaço de arbitrariedade, antes abrindo a porta a um processo decisório não assente em regras e princípios estritamente jurídicos – o que admite, em pleno, a formulação de juízos probabilísticos para fundamentar a fixação do montante de uma indemnização, «dentro dos limites que tiver por provados».⁸⁴

Esta tese ampla não implica, obviamente, que se esteja na presença de uma decisão ou de um processo arbitrário, mas somente de um tipo de racionalidade e fundamentação diverso do jurídico.

Veja-se agora um outro caso, decidido mais ou menos pela mesma altura, também relativo à não apresentação, no prazo devido, de um requerimento de prova.⁸⁵ Neste caso, o tribunal já recorre a um discurso próprio da teoria da decisão:

«Ao ver desentranhado o requerimento probatório do autor, a ré fê-lo, desde logo, perder toda e qualquer expectativa de ganho de causa na ação, independentemente das vicissitudes processuais que a mesma conheceria, na hipótese de tal não haver sucedido, o que representa um dano ou prejuízo autónomo para aquele que, seguramente, nunca augurou que o inêxito da ação pudesse, alguma vez, derivar de tão flagrante negligência da sua advogada constituída. (...)

«A perda de oportunidade apresenta-se em situações que podem qualificar-se, tecnicamente, de incerteza, situando-se o seu campo de aplicação entre dois limites, sendo um constituído pela probabilidade causal, nula ou irrelevante, de o facto d[e] o agente causar o dano, em que não há lugar a qualquer indemnização, e o outro constituído pela alta probabilidade, que se converte em razoável certeza da causalidade, que dá lugar à reparação integral do dano final, afirmando-se o nexo causal entre o facto e este dano.

⁸³ Atendendo, desde logo, ao comando ínsito no art. 205.º/1 da Constituição da República Portuguesa.

⁸⁴ Art. 566.º/3 CC.

⁸⁵ Ac. STJ de 05.02.2013 (Helder Roque).

«Através destes dois limiares, importa, pois, distinguir três tipos de hipóteses, ou seja, a perda de oportunidade genérica, imperfeita, simples ou comum, abaixo do limiar de seriedade da “chance”, que não dá direito a qualquer reparação [a], a perda de oportunidade super-específica, super-qualificada, ou perfeita, igual ou acima do limiar da certeza da causalidade, e que determina a afirmação do nexo causal entre o facto e o dano final [b] e a perda de oportunidade específica, qualificada, situada entre os dois limiares, e que pode dar lugar à atuação da doutrina da «perda de chance».

«E são os casos de “chances” sérias e reais que expressam probabilidades consideráveis, sem embargo de serem insuficientes para efeito de afirmação do nexo causal. (...)»

«Assim sendo, a reparação da perda de uma chance deve ser medida, em relação à chance perdida, e não pode ser igual à vantagem que se procurava.

«Consequentemente, a indemnização não pode ser nem superior nem igual à quantia que seria atribuída ao lesado caso se verificasse o nexo causal entre o facto e o dano final, devendo, assim, corresponder ao valor da chance perdida.

«Para tanto, importa proceder a uma tarefa de dupla avaliação, isto é, em primeiro lugar, realizar a avaliação do dano final, para, em seguida, ser fixado o grau de probabilidade de obtenção da vantagem ou de evitamento do prejuízo, em regra, traduzido num valor percentual.

«Uma vez obtidos tais valores, aplica-se o valor percentual que representa o grau de probabilidade ao valor correspondente à avaliação do dano final, constituindo o resultado de tal operação o valor da indemnização a atribuir pela perda da chance».

Eis o conceito de esperança matemática, rigorosamente exposto. Aparentemente, e não obstante em ambos os casos o tribunal admitir a ressarcibilidade do dano de perda de oportunidade como um dano autónomo, enquanto no primeiro ocorre a aplicação do princípio da insuficiência de fundamento, demitindo-se o tribunal do recurso a uma

estimativa percentual da probabilidade de sucesso da oportunidade perdida, no segundo avança-se convictamente para a aplicação da fórmula que nos é dada pela teoria da decisão, da multiplicação da probabilidade de ocorrência de um dado resultado pela magnitude das suas consequências, que nos dá o valor da chamada esperança matemática.

Todavia, cedo seria para cantar vitória, já que o resultado acaba por ser exatamente o mesmo:

«Assim sendo, atendendo a que se não pode estabelecer o grau de probabilidade da amplitude do êxito da ação, sem afastar, inclusive, a sua improcedência, com base na equidade, que é agora o critério de referência do estabelecimento da indemnização por equivalente a ter em conta, fixa-se o mesmo em 50%, para cada uma das partes.»

Depois de enunciada a fórmula, há como que um recuo do tribunal, que se confessa incapaz de atribuir outra probabilidade que não os 50% para cada uma das partes. Subjacente a esta conclusão estará uma vez mais, muito possivelmente, a falta de prova que minimamente sustente a emissão de um qualquer juízo probabilístico. Em todo o caso, não deixa de haver aqui um progresso, porque o salto para a equidade ocorre numa fase um pouco mais tardia do raciocínio, o que se traduz numa fundamentação um pouco mais completa da decisão. Mas ainda não chegámos, dir-se-á, àquilo a que um teórico da decisão chamaria uma decisão racional: a estratégia minimizadora do erro decisório exigiria que se levasse até ao fim o raciocínio probabilístico, atribuindo certa probabilidade, não necessariamente expressa em termos percentuais mas por certo que meramente subjetiva, à probabilidade de sucesso da oportunidade perdida.

O que acima se disse parece apontar no sentido de que esse método será de preferir à simples recusa de emissão de qualquer juízo de convicção sobre essa probabilidade de sucesso. Porventura será de ler nas entrelinhas deste aresto, mais do que no anterior, uma indicação de que, caso as partes e o juiz de primeira instância o tivessem permitido, teria sido outra a decisão de fixação do *quantum* da indemnização. Quem sabe se, num futuro próximo, os juízes se aventurarão em tais juízos, à semelhança do que há muito vem sendo feito pelos docentes na avaliação dos seus alunos?